

**Ceci n'est pas une copie. *Il (lento) incedere del principio di legalità sostanziale
nella legislazione pandemica****

di **Andrea Vernata** – *Ricercatore di Diritto costituzionale presso «Sapienza» Università di Roma*

ABSTRACT: The essay analyses the role played by the Parliament and the Government during the pandemic, trying to identify trends and changes in the lawmaking process and in the legislative approach to the emergency before and after the change of Cabinet on February 2021.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La «sequenza normativa» e le sue *défaillances*. – 3. Mutamenti e mancate cesure: la reazione delle Camere al (primo) approccio del nuovo Governo. – 4. Criticità e tendenze della nuova legislazione pandemica: il principio di legalità sostanziale *à la carte*. – 5. Conclusioni. *Omnia mutantur, nihil interit*.

1. Premessa

Offrire un inquadramento teorico dei mutamenti in atto, e coglierne il senso più profondo, appare impresa ancora ardua in questa fase della pandemia. Parimenti difficile risulta l'individuazione precisa della portata e dell'impatto dei processi di trasformazione che hanno ricevuto impulso nel corso dell'ultimo anno. Occorre, dunque, conservare una certa cautela nell'operare letture sistematiche di quella che ha ormai assunto, sotto molteplici aspetti (politici, economici e sociali,

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

soprattutto), i contorni di una fase di transizione. Ma non è raro che l’attenta osservazione delle evoluzioni che agitano lo stato d’eccezione possa offrire spunti o bagliori di quella “nuova normalità”¹ che l’intero pianeta e si prepara a inaugurare.

È in questa prospettiva che si ritiene utile verificare se al mutare del contesto politico – *i.e.* del Governo, della “*governance* pandemica” e della maggioranza parlamentare – abbia fatto eco un qualche cambiamento nelle linee di tendenza che hanno caratterizzato, fino a oggi, la legislazione di contrasto della pandemia². La necessità di gestire le continue evoluzioni della situazione epidemiologica, infatti, ha comportato un’ampia sollecitazione della tenuta complessiva del sistema delle fonti, riportando all’attenzione la nota distinzione fra principio di legalità in senso sostanziale e formale³. È dunque su questi due piani che si ritiene utile soffermare la presente analisi e registrare gli eventuali elementi di continuità e discontinuità che possono dirsi caratterizzare la legislazione emergenziale adottata successivamente al mutamento della compagine governativa⁴.

2. La «sequenza normativa» e le sue *défaillances*

Sul piano normativo è noto come, in un primo momento, il quadro giuridico di riferimento sia stato quello offerto dal Codice della protezione civile⁵ e dalla legge istitutiva del Servizio sanitario

¹ Alla cui attenta analisi richiamano, in particolare, G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d’eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, spec. v; M. CAVINO, *Appunti sui limiti territoriali all’esercizio del potere di ordinanza (in tempo di pandemia)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, 453; I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, *ivi*, 103; F. SORRENTINO, *A proposito dell’emergenza coronavirus*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, Genova, 2020, 7; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell’emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 119, e che appare ancor più necessaria alla luce delle considerazioni di S. CURRERI, *Il parlamento nell’emergenza: resiliente o latitante?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2020, 705 ss. e E. CATELANI, *I poteri del governo nell’emergenza: temporaneità o effetti stabili?*, *ivi*, 727.

² Sul tema v., I.A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Napoli, 2020, e da ultimo, E.C. RAFFIOTTA, *I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*, in *Rivista AIC*, n. 2/2021, 64 ss.

³ Tale profilo è stato affrontato in termini di illegittimità e «invalidità caducante» da M. CALAMO SPECCHIA, A. LUCARELLI, F. SALMONI, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC*, n. 1/2021, 400 ss., spec. 421, ma v. anche M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del “COVID-19”*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020, 142 ss., spec. 158.

⁴ Invita a valutare gli elementi di continuità e discontinuità in un’ottica maggiormente complessiva C. PINELLI, *Considerazioni sulla scelta delle fonti del diritto per fronteggiare l’emergenza sanitaria del 2020*, in *DPCE*, n. 3/2020, 4263 ss.

⁵ Cfr. decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1.

nazionale⁶, per poi assumere i contorni di una complessa concatenazione fra decreti-legge e decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, in ossequio a “un’ulteriore” modello di gestione dell’emergenza⁷. Lo stesso giudice delle leggi ha avuto modo di confermare come il legislatore abbia optato per interpretazione *souple* del principio di legalità: esso si è affidato «ad una sequenza normativa e amministrativa che muove dall’introduzione, da parte di atti aventi forza di legge, di misure di quarantena e restrittive, per culminare, nel dosaggio di queste ultime, nel tempo e nello spazio, e a seconda dell’andamento della pandemia, da parte dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri»⁸. Sarebbe, dunque, da rinvenire in queste «fonti statali ad hoc, e nella successiva produzione legislativa ad esse affine [...] il fondamento giuridico dei poteri esercitati da Stato, Regioni ed enti locali per rispondere alla pandemia», anche se pare opportuno segnalare come, soprattutto nelle prime fasi, non sia mancata, “a valle”, cioè a opera dei DPCM, anche una ampia specificazione delle misure previste, “a monte”, dai decreti-legge⁹.

Dal protrarsi di una gestione pandemica uniformata a un rispetto meramente formale¹⁰ del sistema delle fonti, tuttavia, è derivata una – non rapidissima¹¹ – reazione dell’organo della rappresentanza politica, il quale, in sede di conversione del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, ha introdotto l’obbligo per il Governo di illustrare preventivamente alle Camere – al fine di «tenere conto degli eventuali indirizzi dalle stesse formulati – i contenuti dei DPCM in procinto di

⁶ V. la legge 23 dicembre 1978, n. 833, e, in particolare, l’art. 32 della stessa, ove si riconosce al ministro della sanità (ora salute), ai presidenti delle giunte regionali e ai sindaci il potere di «emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all’intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni».

⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 37 del 2021, spec. *Considerato in diritto* n. 9.

⁸ Così, ancora, Corte cost., sent. n. 37 del 2021, sulla quale, in termini più complessivi sul piano dei rapporti Stato-regioni, v. B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d’Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in *Federalismi.it*, paper – 21 aprile 2021; sottolinea la mancata risoluzione della “questione DPCM, invece, M. MEZZANOTTE, *Pandemia e riparto delle competenze Stato-Regioni in periodi emergenziali*, in *Consulta online*, 26 aprile 2021, spec. 334-337; si v., infine e in termini critici, D. MORANA, *Ma è davvero tutta profilassi internazionale? Brevi note sul contrasto all’emergenza pandemica tra Stato e regioni, a margine della sent. n. 37/2021*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 2/2021, 11 ss.

⁹ Si v., ad esempio, il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, e i DPCM dell’8 e del 9 marzo 2020, ma v. anche i decreti legge nn. 19 e 33 del 2020 in relazione all’art. 1, comma 3, del DPCM del 30 novembre 2020 (sul cd. coprifuoco)

¹⁰ Occorre sottolineare, infatti, come lo stesso fondamento legislativo dei DPCM debba rinvenirsi in un atto avente forza di legge di natura “straordinaria”, sulla cui definizione dei contenuti il Parlamento è chiamato a intervenire esclusivamente *ex post* e con tutte le difficoltà che ne derivano; per le quali v. C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Napoli, 2018, 359 ss. e ulteriore bibliografia ivi richiamata.

¹¹ Si consideri che il primo DPCM è del 6 febbraio 2020, mentre la modifica accennata nel testo (l’obbligo di illustrazione dei DPCM) è stata approvata dalle Camere più di tre mesi più tardi, a metà maggio 2020.

approvazione, ovvero, in casi di urgenza, di riferire su di essi in un momento successivo¹².

Al di là di tale correttivo, la sequela di DPCM è proseguita senza particolari profili di novità fino al 3 novembre, data in cui viene approvato un nuovo DPCM che si è distinto dai precedenti essenzialmente sotto due aspetti: a) l'introduzione, con l'art. 1, comma 3, di un'inedita specificazione della generale facoltà di limitare la circolazione delle persone prevista dall'art. 1, comma 2, lettera a), del decreto-legge n. 19 del 2020 (cd. "coprifuoco"); b) il recare una prima disciplina di quello che diverrà poi noto come meccanismo delle zone di contagio ("rosse", "gialle", "arancioni" e, infine, bianche"¹³), che fa perno, per la loro individuazione, sulle ordinanze del Ministro della salute¹⁴.

Tale meccanismo ha incontrato apposita copertura legislativa solamente in un momento successivo, attraverso la "legificazione" operata dal decreto-legge 9 novembre 2020, n. 149, poi confluito – assieme ad altri due decreti¹⁵ – nella legge di conversione del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137 (cd. decreto "ristori"). Quest'ultimo si è preoccupato di specificare meglio condizioni e modalità¹⁶ attraverso le quali è consentito al Ministro della salute adottare ordinanze volte all'individuazione di una o più regioni con più elevati livelli di rischio, tali, cioè, da giustificare l'applicazione di specifiche misure di contenimento (quindi ulteriori rispetto a quelle applicate su tutto il territorio nazionale).

Proprio il carattere successivo della previsione normativa di rango primario per la disciplina delle zone di contagio sembra in qualche modo testimoniare la tendenziale fragilità di tenuta della "sequenza normativa" caratterizzante la legislazione pandemica adottata fino a quel momento, tanto più se si considera che il "recupero" con fonte legislativa della disciplina si è avuto in modo tutt'altro che lineare: con un decreto-legge (poi abrogato), prima, e con un emendamento governativo in sede di conversione poi.

¹² Cfr. art. 2, commi 1 e 5, del decreto-legge n. 19 del 2020.

¹³ Cfr. decreto-legge 14 gennaio 2021, n. 2.

¹⁴ V. gli artt. 2 e 3 del DPCM del 3 novembre 2020.

¹⁵ Si tratta dei decreti legge nn. 154 e 157 del 2020, noti, rispettivamente, come "ristori ter" e "quater". Pur non potendo approfondire il punto in questa sede, pare interessante notare come, in estrema sintesi, la "saga" dei decreti ristori abbia visto confluire tre decreti-legge all'interno del primo decreto-legge ristori, con un lasso di tempo fra la pubblicazione dell'ultimo decreto e il termine di conversione del primo pari a 27 giorni. Le Camere, nondimeno, non hanno reputato necessario – forse anche per la concomitanza dell'esame del disegno di legge di bilancio – sfruttare a pieno tale lasso di tempo, approvando la legge di conversione a soli 18 giorni di distanza dalla pubblicazione del decreto ristori-quater e, quindi, con più di una settimana di anticipo rispetto alla scadenza del primo decreto ristori.

¹⁶ Cfr. art. 16-bis del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33.

3. Mutamenti e mancate cesure: la reazione delle Camere al (primo) approccio del nuovo Governo

Le vicende che hanno portato alle dimissioni del Governo Conte II e alla nomina del Governo Draghi sono note, pertanto in questa sede ci si limiterà a richiamare unicamente gli aspetti di maggiore rilievo sul piano della legislazione di contrasto alla pandemia¹⁷. Per effetto del cambio di Governo, infatti, la *governance* pandemica si è trovata rapidamente a mutare: il 13 febbraio giurano il nuovo Presidente del Consiglio e i ministri del nuovo governo; il 24 febbraio, cioè poco meno di una settimana dopo l'approvazione della mozione di fiducia¹⁸, vengono nominati 39 sottosegretari (tra cui 6 con funzioni di Viceministro); il 27 febbraio viene nominato il nuovo Capo Dipartimento della protezione civile¹⁹; il 1° marzo viene nominato il nuovo Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19²⁰ e il 17 marzo, infine, vengono modificati membri, ruoli e numero dei componenti del Comitato tecnico scientifico²¹.

Per quanto potessero apparire radicali, a tali cambiamenti non ha fatto seguito – almeno nell'immediato – un netto mutamento nell'approccio alla normativa di contrasto alla pandemia. Il 2 marzo 2021, infatti, veniva approvato un (ennesimo e corposo)²² DPCM volto a disciplinare le misure di contenimento da applicare nel periodo tra il 6 marzo e il 6 aprile. Si faceva strada, così, l'idea che – in continuità con il precedente – anche il nuovo Governo si sarebbe affidato principalmente a tale strumento normativo per fare fronte alle evoluzioni della situazione epidemiologica, anche se una qualche discontinuità si registrava nel fatto che, già per il tramite del

¹⁷ Per un approfondimento v. G. CAVAGGION, *La formazione del Governo Draghi: ritorno alla "normalità costituzionale" o conferma delle nuove prassi*, in *Federalismi.it*, n. 13/2021, 12 ss. Per un'analisi sulla natura e finalità dei governi tecnici in Italia, alla luce delle ultime esperienze, v. N. LUPO, *Un governo "tecnico-politico"? Sulle costanti nel modello dei governi "tecnici", alla luce della formazione del governo Draghi*, in *Federalismi.it*, n. 8/2021, 134 ss.

¹⁸ Si ricordi che l'approvazione della mozione di fiducia si è avuta il 17 febbraio 2021 al Senato e il giorno successivo alla Camera.

¹⁹ Cfr. DPCM 26 febbraio 2021.

²⁰ Cfr. DPCM 1 marzo 2021, adottato ai sensi dell'art. 122 del decreto legge n. 18 del 2020.

²¹ V. l'ordinanza 17 marzo 2021 del Capo Dipartimento della protezione civile, con la quale, in particolare, viene sostituito il coordinatore del CTS, vengono ridotti i suoi componenti da 26 a 12 e vengono inclusi, fra essi, esperti di statistica e matematica nonché un rappresentante della Conferenza delle Regioni e province autonome. Quest'ultime modifiche, peraltro, confermano il tentativo di riduzione della discrezionalità del Ministro della salute e di garantire, al contempo, un maggiore coinvolgimento delle regioni nella definizione del grado di misure di contenimento da applicare, di cui si dirà sopra nel testo e a nota 23.

²² Nel complesso, 57 articoli e 35 allegati.

predetto DPCM, venissero introdotti significativi elementi di novità sul – tutt’altro che quieto – piano dei rapporti Stato-Regioni e province autonome²³.

La reazione delle Camere, tuttavia, in questo caso non ha tardato ad arrivare. Appena due giorni dopo la pubblicazione del predetto DPCM, infatti, il Comitato per la legislazione della Camera, in sede di parere sul decreto-legge n. 2 del 2021, sollecitava l’avvio di «una riflessione sul possibile superamento del DPCM nel contrasto» della pandemia, evidenziando l’opportunità di ricondurre a fonte di natura legislativa – «eventualmente anche attraverso decreti-legge» – il quadro generale delle misure di contenimento da applicare²⁴. Ne faceva seguito l’accoglimento, da parte del Governo, di un ordine del giorno sottoscritto da (quasi)²⁵ tutti i partiti di maggioranza e opposizione, nel quale si evidenziava come risultasse «praticabile e probabilmente maggiormente rispettoso del sistema delle fonti, pur in un in un contesto di rispetto del principio di legalità che l’impiego del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri comunque garantisce, ricondurre alla fonte legislativa – eventualmente anche attraverso decreti-legge – la definizione del quadro generale delle misure da applicare nelle diverse zone di diffusione del contagio per la parte attinente all’esercizio di libertà costituzionali fondamentali»²⁶. Il Governo si impegnavo, pertanto, a ridefinire il «quadro normativo delle misure di contrasto della epidemia da COVID-19» e a valutare di operare «una definizione più stringente del quadro generale delle misure da applicare» attraverso una fonte normativa «diversa». In altre parole, la quasi unanimità delle forze politiche parlamentari

²³ Un elemento di novità, in particolare sia ha con l’istituzione, con decreto del Ministro della salute, di un tavolo tecnico di confronto cui affidare il compito di a) procedere all’eventuale revisione/aggiornamento dei parametri per la valutazione del rischio epidemiologico; b) dare attuazione agli eventuali indirizzi formulati dalle Camere al momento della presentazione dei contenuti del DPCM da parte del Governo ai sensi dell’articolo 2, comma 1, del decreto-legge n. 19 del 2020 (v. *supra*). Il novero dei componenti del predetto Tavolo pare rispecchiare la volontà del Governo di istituire un meccanismo di confronto – in particolare con le Regioni – per la definizione dell’applicazione delle misure di contenimento; vi prendono parte, infatti, i rappresentanti del Ministero della salute, dell’Istituto superiore di sanità, delle regioni e province autonome, del Ministro per gli affari regionali e le autonomie nonché del Comitato tecnico-scientifico. Un Tavolo tecnico più “ristretto”, ma sempre preordinato al maggior coinvolgimento delle regioni, viene invece istituito per «verificare, attraverso il monitoraggio degli effetti dell’allentamento delle misure anti contagio», il permanere delle condizioni di basso rischio di contagio (cd zona bianca) e la necessità di adottare eventuali misure intermedie e transitorie (art. 7). La *ratio* di tali previsioni, in sostanza, pare essere quella di superare il precedente sistema di raccordo, che si limita tutt’ora a prevedere che il Ministro della salute “senta” (v. art. 1, d.l. n. 83 del 2020) i presidenti delle regioni interessate, sulla scorta dell’art. 2 del decreto-legge n. 19 del 2020. Può notarsi, sia pure incidentalmente, come analoga premura nei confronti delle Camere risulti tutt’ora assente, con un coinvolgimento che risulta nei fatti – e al netto dei correttivi introdotti visti sopra – ancora sostanzialmente marginale.

²⁴ Cfr. Comitato per la legislazione, parere su decreto-legge n. 2 del 2021, del 4 marzo 2021.

²⁵ Non vi sono, infatti, sottoscrizioni riconducibili a componenti del Gruppo Misto o al Gruppo Liberi e Uguali.

²⁶ Cfr. Ordine del giorno 9/2921/008, del 11 marzo 2021, sul disegno di legge di conversione del decreto-legge 2 del 2021, accolto dal Governo.

richiedeva e otteneva, da parte del Governo, l'impegno ad abbandonare il ricorso allo strumento del DPCM in favore di una fonte di natura legislativa.

4. Criticità e tendenze della nuova legislazione pandemica: il principio di legalità sostanziale *à la carte*

Con riguardo al primo provvedimento successivo – al cambio di Governo e – al nuovo impegno governativo, pare meritevole di nota il rinvio che il decreto-legge 13 marzo 2021, n. 30, fa alle misure di contenimento preventivamente introdotte con un DPCM. Non tanto perché tale circostanza rappresenti una novità rispetto ai precedenti provvedimenti²⁷, bensì per la tecnica con cui esso viene operato: non si richiama più il DPCM in maniera esplicita, ma si fa riferimento a tale fonte (in questo caso, del 2 marzo 2021) celandone il richiamo dietro un generico rinvio ai «provvedimenti di cui all'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19»²⁸ (*i.e.* i DPCM stessi). Come si avrà modo di vedere meglio nel prosieguo, quella che inizialmente poteva dirsi una tecnica di rinvio mobile²⁹, tenderà poi ad assumere i caratteri di un mero espediente lessicale.

Per quanto concerne i contenuti di questo primo provvedimento, invece, pare utile sottolineare come il vero profilo di novità possa ravvisarsi nell'introduzione, nel sistema normativo di risposta alla pandemia, di una sorta di automatismo cui consegue l'applicazione di misure di contenimento più o meno stringenti. L'individuazione delle cd. “zone rosse”, infatti, continua a essere rimessa ad apposite ordinanze del Ministero della salute, ma questa viene subordinata al raggiungimento di uno specifico rapporto fra contagi e numero di abitanti nel territorio di riferimento³⁰. Automatismo cui, peraltro, viene subordinata – insieme all'altra ipotesi della presenza di varianti ad «alto rischio di diffusività»³¹ – anche la facoltà delle regioni e province autonome di applicare misure di contenimento più restrittive rispetto a quelle previste dal DPCM.

²⁷ In senso analogo, infatti, v. ad esempio l'art. 1 del decreto-legge 18 dicembre 2020, n. 172.

²⁸ Così l'art. 1 del decreto-legge n. 30 del 2021.

²⁹ Il senso, infatti, poteva essere quello di non rinviare a uno specifico DPCM, ma a quello eventualmente in vigore al momento del rinvio.

³⁰ Sistema che, in realtà, era già stato sperimentato in riferimento alle sole cd. zone bianche, cfr. art. 1, comma 11, del DPCM 14 gennaio 2021.

³¹ Così l'art. 1, comma 5, lettera b), del DPCM 2 marzo 2021.

Sul piano della legislazione pandemica, anche il secondo decreto-legge³² “Covid” del Governo Draghi ha importato qualche elemento di novità.

In primo luogo sul piano formale, in quanto viene incluso nel preambolo del decreto-legge il richiamo sia all’«avviso espresso dal Comitato tecnico-scientifico»³³, sia al «decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 2 marzo 2021». In secondo luogo – sempre sul piano formale – il predetto rinvio generico ai DPCM assume contorni maggiormente criptici, in quanto viene sostituito da un generico riferimento alle «misure di cui *al provvedimento adottato in data 2 marzo 2021*». Sullo stesso piano pare collocarsi la disposizione di cui all’art. 1, comma 2, dove si afferma che in ragione dell’andamento della situazione epidemiologica e della campagna di vaccinazione «con deliberazione del Consiglio dei ministri sono possibili *determinazioni* in deroga ... e possono essere modificate le misure stabilite dal provvedimento di cui al comma 1», cioè dal DPCM del 2 marzo 2021³⁴.

Il terzo e penultimo³⁵ provvedimento del nuovo Governo in materia di misure di contenimento è il decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52 (cd. “riaperture”). Come si avrà modo di approfondire meglio *infra*, è con tale provvedimento che il nuovo Esecutivo pare rimarcare una maggiore discontinuità rispetto al precedente approccio normativo, pur senza discostarsene oltremodo.

Sul piano formale, rimane il richiamo all’«avviso» del Comitato tecnico-scientifico e il riferimento al «provvedimento adottato in data 2 marzo 2021», cioè al – ormai innominabile – DPCM del 2 marzo 2021. A livello di contenuti, invece, si assiste a quello che può definirsi, in qualche modo, la realizzazione dell’auspicio della Camere. Tale decreto-legge, infatti, si preoccupa di disciplinare direttamente aspetti che, fino alla sua approvazione, venivano demandati ai DPCM, come la disciplina delle attività scolastiche, di ristorazione, spettacoli, eventi sportivi, impianti sportivi, convegnistica, centri termali e parchi a tema. Diversamente, aspetti come la disciplina della libertà di circolazione sul territorio nazionale³⁶, quella dello svolgimento delle “manifestazioni

³² Cfr. decreto-legge 1 aprile 2021, n. 44.

³³ Tale richiamo, infatti, in precedenza si aveva con riferimento ai «verbali» delle barie sedute del Comitato tecnico-scientifico e compariva solamente nelle ordinanze del Ministro della salute e nei DPCM.

³⁴ Su entrambi gli aspetti v. *infra* e al paragrafo 5.

³⁵ V. nota 47.

³⁶ Con l’eccezione dell’art. 2, comma 2, che riproduce la disposizione – già contenuta nei precedenti DPCM – relativa alla possibilità di «spostamento verso una sola abitazione privata, una volta al giorno [...] nel limite di quattro persone ulteriori rispetto a quelle ivi già conviventi, oltre ai minorenni sui quali tali persone esercitano la responsabilità genitoriale e alle persone con disabilità o non autosufficienti, conviventi». Quest’ultima disposizione, tuttavia, non manca di fare ancora riferimento ai DPCM con riguardo alla definizione «dei limiti orari agli spostamenti». Solo con il

pubbliche” e dei luoghi di culto e funzioni religiose rimangono affidati ai DPCM.

Tal circostanza appare senz’altro significativa: non solo perché registra una scissione del processo di sostanzializzazione del principio di legalità, ma anche perché tale scissione offre una nuova interpretazione dello strumento dei DPCM pandemici. Per quanto riguarda la scissione, questa si avrebbe laddove il decreto-legge si preoccupa di “innalzare” a fonte legislativa aspetti riconducibili al diritto all’istruzione (art. 34 Cost.) e, in generale, alla libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), ma non usa analoga premura per gli aspetti relativi alla libertà di culto (art. 19 Cost.), alla libertà di riunione (art. 17 Cost.) e alla libertà di circolazione (art. 16 Cost.), cioè per quelle «libertà costituzionali fondamentali» espressamente menzionate nell’ordine del giorno del 11 marzo sopra richiamato. Sul piano della libertà di circolazione, peraltro, il provvedimento in commento rimette alle ordinanze del Ministro della salute l’individuazione dei casi in cui i «certificati verdi COVID-19 [...] consentono di derogare a divieti di spostamento da e per l’estero o a obblighi di sottoporsi a misure sanitarie in dipendenza dei medesimi spostamenti»³⁷. Seppure appaiano comprensibili le ragioni di praticità che hanno fatto da sfondo all’introduzione di tale disposizione, non può farsi a meno di notare come, per effetto di quest’ultima, venga rimessa a un atto amministrativo la possibilità di far venire meno quelle limitazioni della libertà di espatrio che sono state genericamente previste dall’art. 1, comma 2, decreto-legge n. 19 del 2020 e specificate, da ultimo, dall’art. 49 del DPCM 2 marzo 2021, sul presupposto dell’ottenimento, da parte del soggetto interessato, di una certificazione non obbligatoria³⁸.

Ne deriverebbe una lettura (iper)formale del principio di legalità, tesa a subordinare – surrettiziamente – l’esercizio di una libertà fondamentale a un trattamento sanitario³⁹ che, pertanto, nei “casi” individuati dall’ordinanza ministeriale diventa “obbligatorio” per quello stesso

decreto-legge n. 44 del 2021, prima, e il decreto-legge 18 maggio 2021, n. 65 (poi, rispettivamente emendamenti 11.01 e 2.100 Governo, come si vedrà *infra*), infatti, si avrà la legificazione degli orari di inizio e cessazione del cd. coprifuoco.

³⁷ La “Certificazione verde Covid-19” è un istituto introdotto dall’art. 9 del decreto-legge n. 52 del 2020, rivolto ad attestare, con validità semestrale, l’avvenuta vaccinazione contro il Covid-19, la guarigione da tale patologia o l’effettuazione di un test molecolare o antigenico rapido con esito negativo al predetto virus. Tali certificazioni cesseranno di avere efficacia alla data di entrata in vigore del cd. passaporto vaccinale europeo (cfr. art. 9, comma 9, del decreto-legge), tema che qui non può approfondirsi, ma che appare di sicuro interesse per la scienza costituzionalista.

³⁸ Si consideri che le certificazioni verdi COVID-19 sono rilasciate su richiesta dell’interessato (cfr. art. 9 del decreto-legge). Di maggiore coerenza rispetto all’impianto sopra descritto, invece, sarebbe apparsa una disposizione volta a riconoscere alle ordinanze del Ministro della salute la possibilità di individuare – sulla base di parametri oggettivi e prestabiliti – i casi in cui detta certificazione debba considerarsi obbligatoria per l’espatrio.

³⁹ Anche l’ipotesi *sub* art. 9, comma 2, lettera b), infatti, presuppone l’applicazione di una prescrizione sanitaria (*i.e.* l’isolamento sanitario).

esercizio⁴⁰. Si tratterebbe di una conseguenza di per sé problematica ove si ritenesse di tipo assoluto la riserva di legge di cui all'art. 32 Cost.⁴¹, poiché si rimetterebbe a una fonte di natura amministrativa l'individuazione delle ipotesi in cui è necessario sottoporsi a un trattamento sanitario (che diventa) obbligatorio per il godimento di un diritto fondamentale. Una siffatta facoltà, per di più, viene attribuita al Ministro senza che la fonte legislativa definisca in alcun modo i criteri in base ai quali operare detta individuazione, testimoniando plasticamente il carattere tutt'altro che sostanziale del principio di legalità cui è uniformata la norma in questione⁴².

Ad ogni modo, si è accennato a come nella sopracitata scissione del processo di sostanzializzazione del principio di legalità possa cogliersi anche una nuova interpretazione del ruolo dei DPCM. Se si osserva il tenore e la tipologia delle disposizioni legificate con il decreto-legge, infatti, ci si accorge come quest'ultime siano tutte rivolte al graduale allentamento delle misure di contenimento, mentre l'applicazione di misure di natura limitativa continua ad essere affidata al/ai DPCM. Pur non potendo approfondire tale circostanza in questa sede, dovrebbe verificarsi se a una scissione della sostanzializzazione del principio di legalità stia facendo eco un tentativo di scissione delle responsabilità politiche dell'Esecutivo: tutto ciò che “libera” dalle limitazioni della legislazione pandemica è approvato dal Governo (*rectius*: dal Consiglio dei ministri) e, quindi, è una sua responsabilità; viceversa, tutte le misure che, in ragione della pandemia, limitano le libertà sono approvate dal Presidente del Consiglio e, pertanto, sono sua esclusiva responsabilità.

⁴⁰ Sul tema, v. almeno D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2015, spec. 42 ss.; D. ZANONI, *Razionalità scientifica e ragionevolezza giuridica a confronto in materia di trattamenti sanitari obbligatori*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, 140 ss.; BALDINI, *La gestione dell'emergenza sanitaria: un'analisi in chiave giuridico-positiva dell'esperienza*, in *Diritti fondamentali*, n. 3/2020, 410 ss.; S. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, 289 ss. e 325 ss.

⁴¹ In tal senso, per tutti, v. L. CARLASSARE, *L'Art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. Alessi (a cura di), *L'ordinamento sanitario*, I, Milano 1967, 108 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Diritto e società*, 1982, 303 ss.; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Diritto e società*, 1979, 901 ss.; allo stesso modo, *contra*, A. PACE, *La libertà di riunione nella costituzione italiana*, Milano, 1967, 87 ss. e B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, 21 ss., da A.A. NEGRONI, *Sul concetto di “trattamento sanitario obbligatorio”*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 17; E. CAVASINO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, VI, Milano 2006.

⁴² Sul punto v. M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell'emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 2/2020, spec. 375-377, il quale sottolinea in particolare come, alla luce della stessa giurisprudenza costituzionale, «il carattere sostanziale del principio di legalità cui l'atto legislativo deve conformarsi» tenderebbe a imporre, fra gli altri requisiti, la previsione di «attribuzioni di potere non meramente finalistiche», bensì volte a indicare «i presupposti per il loro esercizio e [che] sottopongano le misure adottabili a un vincolo di adeguatezza rispetto alle finalità indicate».

Vero è che il decreto-legge in parola rinvia a un DPCM ormai di per sé inefficace⁴³ e, quindi, a misure che solo per il tramite di tale rinvio vengono – sia pure indirettamente – legificate, ma il fatto che, in luogo di una nuova disciplina legale sul punto, si preferisca il rinvio a misure che hanno cessato i propri effetti e che, attraverso locuzioni ambigue, si tenti di celare la tipologia di provvedimento cui si rinvia sembra confermare un simile tentativo.

5. Conclusioni. *Omnia mutantur, nihil interit*

Si è visto come, in materia di misure di contenimento, i primi due decreti-legge del Governo Draghi – e, di riflesso, della nuova *governance* della pandemia – abbiano presentato, al contempo, elementi di continuità e discontinuità rispetto alle precedenti tendenze della legislazione di contrasto alla pandemia. A una discontinuità che ha mosso verso la riduzione del margine di discrezionalità per l'individuazione dei territori cui applicare i diversi livelli di limitazioni – e che ha guardato con un certo favore a un maggiore coinvolgimento delle regioni – ha fatto eco un utilizzo delle fonti normative piuttosto coerente rispetto all'approccio del precedente Esecutivo. Soprattutto per l'applicazione di disposizioni limitative delle libertà costituzionali, il netto – e auspicato – abbandono del DPCM si è avuto solo nominalmente e attraverso l'introduzione di disposizioni dal tenore piuttosto oscuro⁴⁴, rispetto alle quali, alla luce della sistematica delle fonti, pare doversi ricavare esclusivamente un tentativo di rivendicazione della centralità del Consiglio dei ministri rispetto ai decreti del suo Presidente⁴⁵.

Proprio il terzo e ultimo decreto-legge esaminato, tuttavia, evidenzia come a tale rivendicazione si sia preferito sostituire un'assunzione di responsabilità *à la carte*, dove alla fonte legislativa (di responsabilità collegiale) viene riservata la disciplina di maggiore "ritorno" politico, mentre a quella di natura secondaria viene affidato il – meno gradito – compito di preservare l'applicazione delle

⁴³ Si consideri che il DPCM 2 marzo 2021 spiegava i propri effetti fino al 6 aprile 2021.

⁴⁴ Il riferimento è già citato art. 1, comma 2, del decreto-legge n. 44 del 2021, ove si afferma che «con deliberazione del Consiglio dei ministri sono possibili determinazioni in deroga [...] e possono essere modificate le misure stabilite dal provvedimento di cui al comma 1», cfr. *supra*.

⁴⁵ A meno di non ritenere che con questa riaffermazione dell'"abilitazione" delle deliberazioni del Consiglio dei ministri a derogare i DPCM si volesse introdurre un riferimento alle semplici delibere di tale organo e non ai decreti-legge. In tal caso, la locuzione dovrebbe leggersi come un tentativo di traslare le prerogative dei DPCM pandemici ad altra fonte.

misure di contenimento.

È forse anche in questa logica che potrebbe leggersi l'assenza di una espressa menzione dei DPCM e il parallelo ricorso a locuzioni di diversa natura per farvi riferimento, cioè quasi a voler rimarcare una certa discontinuità (almeno sul piano formale) rispetto al precedente approccio normativo. Approccio che pare risentire ancora ampiamente di una lettura meramente formale del principio di legalità, pur in presenza di “lampi” di sostanzialità laddove questa sia ritenuta giustificata da ragioni di mera opportunità politica.

È però noto come – per certi versi e soprattutto sul piano della legislazione – la continuità abbia un contegno simile a quello dell'acqua e riesca sempre a rinvenire pertugi ove incunearsi e sgorgare. Non dovrebbe sorprendere, dunque, che nel decreto-legge da ultimo osservato (n. 52 del 2021) siano poi confluiti – sotto forma di emendamenti governativi – il decreto-legge 30 aprile 2021, n. 56, in materia di proroga urgente di taluni termini legislativi⁴⁶ e il decreto-legge 18 maggio 2021, n. 65 (cd. riaperture bis)⁴⁷. Tantomeno in considerazione del fatto che, sul fenomeno della confluenza, la Camera dei deputati, il 20 gennaio 2021, avesse approvato un ordine del giorno⁴⁸ – accolto dal Governo e sottoscritto (quasi) da tutte le forze politiche⁴⁹ – in cui si impegnava l'Esecutivo a «evitare la “confluenza” tra diversi decreti-legge», proprio in ragione dell'ampio uso fatto di tale espediente nel corso della pandemia⁵⁰. In fondo, come recitano le antiche meridiane, *hinc unda hinc labitur aetas*: come l'acqua, si sa, scorre anche il tempo.

⁴⁶ Cfr. emendamento 11.01 Governo all'AC 3045.

⁴⁷ Cfr. emendamento 2.100 Governo all'AC 3045. Nel decreto/emendamento, peraltro, torna il riferimento ai DPCM sotto forma di riferimento ai «provvedimenti adottati in attuazione dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19», anche se il dato più interessante pare essere quello relativo alle tempistiche: i due decreti legge sopraccitati (rispettivamente del 30 aprile e del 18 maggio 2021) sono confluiti in un decreto-legge presentato al primo ramo del Parlamento il 22 aprile, in scadenza al 19 giugno 2021. Pertanto i tempi di conversione “fattuale” dei due decreti si sono ridotti, rispettivamente, a 52 e 32 giorni.

⁴⁸ Cfr. Ordine del giorno n. 9/2835-A/10 del 20 gennaio 2021, ma v. anche il parere del Comitato per la legislazione 4 marzo 2021.

⁴⁹ Anche in questa occasione, infatti, l'ordine del giorno non è stato sottoscritto né dal Gruppo Liberi e Uguali, né da alcuna componente del Gruppo Misto.

⁵⁰ Su tale fenomeno sia consentito rinviare ad A. VERNATA, *Governo e Parlamento nella produzione normativa. Evoluzioni o consolidamento di una nuova Costituzione materiale?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2020, spec. 69 ss. e all'ulteriore bibliografia ivi richiamata.